

Tilburg University

Staatscommissie-Thomassen

Meuwese, A.

Published in:
Ars Aequi

Publication date:
2011

Document Version
Peer reviewed version

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Meuwese, A. (2011). Staatscommissie-Thomassen: De Grondwet als gereedschapskist voor de rechter. *Ars Aequi*, 60(4), 284-291.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Staatscommissie-Thomassen: de Grondwet als gereedschapskist voor de rechter

A.C.M. Meuwese*

1. Inleiding

Wij hebben in Nederland een lange traditie om mogelijke grondwetswijzigingen te laten voorbereiden door een staatscommissie. Sinds 1917 lijkt het een bijkomende traditie te worden dat de adviezen van deze staatscommissies niet of nauwelijks worden opgevolgd.¹ Nu het in staatsrechtelijke kringen vurig geanticipeerde rapport van de Staatscommissie-Thomassen² met slechts één maand vertraging op 11 november 2010 gepresenteerd is, rijst de vraag hoe het de aanbevelingen ditmaal zal vergaan.

Omdat opdracht, samenstelling, proces, inhoud en impact van het rapport nauw met elkaar verbonden zijn, besteedt deze bijdrage kort aandacht aan al deze aspecten.³ Duidelijk is dat de commissie op alle fronten voor een lastige taak stond. Zij was ongewenst door de politiek,⁴ samengesteld eerder als een constitutioneel hof dan als een staatscommissie, beperkt in de tijd en actief in een sfeer van zowel scepsis als hooggespannen verwachtingen over wat de Grondwet vermag. De commissie heeft zich uit deze situatie gered door het sterk juridisch-wetenschappelijk gehalte van de eigen gelederen te omarmen. Het resultaat is een rapport met een aantal interessante voorstellen waarin duidelijk is gekozen om de strijd niet op alle punten aan te gaan. De keerzijde is dat het rapport, dat al de kwalificatie 'doodgeboren kind'⁵ meekreeg in een NJB-opinie van Verhey, een hoog insider-gehalte heeft. De tijd zal leren of dit het makkelijker of juist moeilijker maakt voor de politiek om bepaalde in het rapport vervatte ideeën naast zich neer te leggen.

* Mr.dr. A.C.M. Meuwese is als universitair hoofddocent verbonden aan het departement Publiekrecht, Encyclopedie en Rechtsgeschiedenis van de Tilburg Law School.

¹ Voor een overzicht van het werk van de verschillende staatscommissies die zich met de Grondwet hebben bezig gehouden, zie de informatieve website www.denederlandsegrondwet.nl van het Parlementair Documentatiecentrum. Opvallend genoeg wordt de Nationale Conventie 2006 in het overzicht opgenomen als een forum dat 'qua werkzaamheden en te behandelen onderwerpen' vergelijkbaar is met een staatscommissie. Zie voor een uitgebreid digitaal archief over grondwetscommissies ook <http://www.inghist.nl/Onderzoek/Projecten/Grondwetscommissies1883-1983/onderzoeksgids> (laatstelijk geraadpleegd op 9 februari 2011).

² Naar haar voorzitter Wilhelmina Thomassen, raadsheer in de Hoge Raad. Het Rapport Staatscommissie Grondwet is verkrijgbaar via www.staatscommissiegrondwet.nl of via secretariaatCZW@minbzk.nl.

³ De meeste aandacht wordt uiteraard aan de inhoud besteed, maar dan nog kunnen lang niet alle onderwerpen aan de orde komen.

⁴ De commissie is er gekomen omdat de oprichting ervan in het regeerakkoord van het kabinet-Balkenende IV stond. De Raad van State was net als de Tweede Kamer kritisch over de opdracht van de staatscommissie.

⁵ L. Verhey, 'De staatscommissie Grondwet: een doodgeboren kind?', *NJB* 2010-44/45, p. 2809.

2. Opdracht

Het gebrek aan politiek enthousiasme voor de exercitie zien we weerspiegeld in de opdracht die de commissie meekreeg. De taak van de staatscommissie is gedefinieerd als het adviseren over de noodzaak tot wijziging van de Grondwet met betrekking tot een aantal onderwerpen.⁶ Allereerst betreft het de toegankelijkheid en de betekenis van de Grondwet voor burgers, inclusief de wenselijkheid van de opneming van een preambule (inclusief een eventueel concreet tekstvoorstel). Ook de verhouding tussen de opgenomen grondrechten en de uit internationale verdragen voortvloeiende rechten, zoals het recht op een eerlijke procesgang en het recht op leven behoort tot de opdracht net als de grondrechten in het digitale tijdperk. Ten slotte wordt de commissie verzocht te adviseren over de invloed van de internationale rechtsorde op de nationale rechtsorde, de verhouding tussen wezenlijke Nederlandse constitutionele waarden en besluiten van volkenrechtelijke organisaties of verdragsbepalingen en de beperkingssystematiek van grondrechten. Deze formulering van het mandaat nodigt duidelijk niet uit tot het schrijven van een 'proeve' en zorgt dat onderwerpen als het kiesstelsel, het koningshuis en de verhouding tussen de regering en het parlement redelijkerwijs door de commissie niet aangeraakt kunnen worden.

3. Samenstelling

Daar waar de opdracht wel ruim geformuleerd was, namelijk op het punt van de betekenis van de Grondwet voor de burger, waren vergaande voorstellen gezien de samenstelling van de commissie van meet af aan niet waarschijnlijk. Ook op punten als de opneming van internationaal erkende fundamentele rechten als grondrechten zien we de effecten van de (voorspelbare) patstelling tussen de 'soberen' en de 'verfraaiers' in de commissie, zoals NJB-recensenten Boogaard en Peters hen noemen.⁷ Waar vorige staatscommissies vaak veel leden hadden met een grote politieke ervaring, bestond de eerste eenentwintigste-eeuwse grondwetsstaatscommissie grotendeels uit hoogleraren met een leeropdracht aan een juridische faculteit.⁸

4. Proces

In haar werkwijze heeft de commissie enkele moderne communicatiemiddelen gebruikt, maar zeker niet het hele spectrum. Voor enig inzicht in hoe de commissie en haar ambtelijke ondersteuning wat heeft geworsteld met het gebruik van interactieve media, verdient het aanbeveling de 'vraag en antwoord'-rubriek op de website van de staatscommissie eens door te lezen. De inhoudelijke vragen, weliswaar gesteld door een zeer beperkte groep belangstellenden, worden veelal afgedaan met 'het

⁶ Artikel 2 Besluit van 8 juli 2009 houdende instelling van een staatscommissie voor de herziening van de Grondwet (Instellingsbesluit staatscommissie Grondwet), *Stcrt.* 2009, 10354.

⁷ J.A. Peters en G. Boogaard, 'Staatscommissie Thomassen: te voorzichtig', *NJB* 2010-44/45, p. 2802.

⁸ Het gaat om Leonard Besselink, Monica Claes, Roel de Lange, Janneke Gerards, Tijn Kortmann, Barbara Oomen en Margriet Overkleef. De verklaring die wordt gegeven op de website van de staatscommissie is dat gezien de aard van de onderwerpen (de betekenis van de Grondwet voor de burger, de positie van de grondrechten en de verhouding tot het internationale recht) is dat 'de regering in dit geval behoefte had aan advies van externe deskundigen' en dat bovendien de laatste jaren het denken over de wenselijkheid van advisering door politici is veranderd.

is nog te vroeg om hierop te reageren'.⁹ Bij wijze van compromis heeft de staatscommissie wel haar voorlopige bevindingen op de website gezet. Dat is een mooi gebaar, maar het proces had aan participatief gehalte gewonnen als er een publieke consultatietermijn aan was verbonden. Uiteraard was het tijdsdruk waar de commissie mee kampte een goede reden om van dit soort extracurriculaire activiteiten af te zien, maar de commissie had ervoor kunnen kiezen publieksactiviteiten prioriteit te geven boven de nu gehouden expertbijeenkomsten.

Interessant aan het proces is het veelvuldige gebruik van minderheidsstandpunten door de leden van de commissie. De korte zijn te vinden in de tekst van het rapport zelf en de wat langere zijn opgenomen in een bijlage. Eén van die standpunten gaat ook over het proces. Het lid Oomen¹⁰ betreurt het in een verklaring dat de commissie haar werk in relatief isolement heeft verricht: '[h]et recht is te belangrijk om alleen aan juristen over te laten, en de Grondwet des te meer'.¹¹ Nu ontkent de rest van de commissie het belang van de niet-juridische aspecten van de Grondwet niet, maar benadrukt zij dat de vragen in dit geval gesteld zijn aan een groep juristen. Zoals in het onderstaande verder beargumenteerd zal worden is deze benadering een verdedigbare overlevingsstrategie, maar zorgt zij er ook voor dat de commissie af en toe te gemakkelijk wegkruipt in de eigen *comfort zone*.

5. Inhoud

5.1 Algemeen

De commissie heeft zich vooral op de meer specifiek omschreven elementen van haar opdracht gestort, wat ook meteen de meer technisch-juridische zijn, of in ieder geval zo benaderd worden door de commissie. In het algemene deel I van het rapport wijst de commissie een algehele herziening van de Grondwet af en komt vervolgens met criteria om te beoordelen op welke punten grondwetswijziging wel nodig is. Het criterium dat als rode draad door het rapport heen loopt is 'versterking van het normatieve karakter van de Grondwet'.¹² Een aanvullend criterium dat vooral bij het beoordelen van de noodzaak van wijzigingen in het grondrechtenhoofdstuk wordt gebruikt is het geijkte maar eenzijdige 'verhoging van de rechtsbescherming'. Deze criteria zullen – hoewel nog nooit op deze manier naar voren geschoven als criteria voor constitutionele codificatie – op een zekere consensus kunnen rekenen binnen juridisch Nederland. Tegelijkertijd zorgt de onbepaaldheid van deze criteria ervoor dat hun gebruik in de argumentatie van de staatscommissie hier en daar overkomt als een dooddoener.

Wat wordt bedoeld met het 'normatieve karakter' van de Grondwet, dat volgens de commissie versterkt zou moeten worden? Hoewel de commissie dit nergens echt uitlegt, lijkt het erop neer te komen dat de Grondwet richting moet kunnen geven bij fundamentele conflicten in ons staatsbestel.

⁹ De Tilburgse hoogleraar Rob van Gestel merkt terecht op '[g]eldt hier niet wie A zegt, moet ook B durven zeggen?', www.staatscommissiegrondwet.nl/vraag-en-antwoord/hoe-kijkt-de-staatscommissie-aan-tegen-primaat-wetgever-12-1-2010 (laatstelijk geraadpleegd op 9 februari 2011).

¹⁰ Barbara Oomen is hoogleraar aan de juridische faculteit van de Universiteit van Amsterdam. Haar leeropdracht is geen 'constitutioneel recht' maar 'rechtspluralisme'.

¹¹ Zie het minderheidsstandpunt Oomen, bijlage Ia.

¹² Rapport Staatscommissie Grondwet 2010, p. 13.

Dat zou op zichzelf niet zo controversieel zijn als basistest voor grondwettelijke fitheid. Meer onenigheid ontstaat in kringen van staatsrechtsspecialisten en daarbuiten als de vraag moet worden beantwoord *aan wie* de Grondwet richting moet geven. Aan burgers of aan overheidsinstellingen? De commissie speelt op safe door te stellen dat versterking van het ‘normatieve karakter’ van de Grondwet van belang is voor zowel burger als overheid,¹³ maar dat het ‘normeren’ betrekking heeft op overheidshandelen, enkele bepalingen zoals die over actief en passief kiesrecht uitgezonderd. Als we kijken hoe de commissie de versterking van de normativiteit door het rapport heen als argument gebruikt, komt het er vrijwel steeds op neer dat de rechter ruimere toetsingsmogelijkheden krijgt. Deze keuze is te verdedigen door te stellen dat juist op het punt van het reguleren van de rechterlijke macht onze Grondwet al jaren tekort schiet¹⁴ en dat een nadruk op deze grondwettelijke normadressaat voor de hand ligt gezien de opdracht van de commissie (hoewel de bepalingen over de rechterlijke macht uit hoofdstuk 6 daarbuiten vallen).

De argumentatie van het rapport was nog sterker geweest als de normativiteit van de Grondwet niet vrijwel exclusief vanuit het perspectief van de rechter gezien was, maar verbreed was naar andere overheidsinstellingen. Zo bevat het rapport een interessante passage die, conform wetenschappelijke inzichten, stelt dat ‘velerlei vormen van formele en informele rechtsvorming plaats[vinden] in interactie tussen ambtenaren die een overheidssector vertegenwoordigen van binnen of buiten de centrale overheid, lagere overheden, belangengroeperingen en soms ook volksvertegenwoordigers’.¹⁵ In de concrete voorstellen voor wijzigingen van grondwetsbepalingen is hier echter niets over terug te vinden. Ook wordt er hier en daar wel op de verantwoordelijkheid van andere actoren, zoals de Eerste en Tweede Kamer, gewezen, bijvoorbeeld als het gaat om de bestaande mogelijkheden om meer invloed op internationale besluitvorming te verwerven. Maar de commissie laat na erover na te denken of de Grondwet hier normativiteit zou kunnen toevoegen.¹⁶

Het gaat de staatscommissie dus niet om de bredere didactische of sturende functie van de Grondwet, maar om de mate waarin grondwettelijke bepalingen kunnen dienen als handvatten voor de rechter. Dit blijkt ook duidelijk uit de keuze van de commissie om voor constitutionele toetsing een uitzondering te maken op haar voornemen niet buiten haar opdracht te gaan. In hoofdstuk 5 spreekt zij haar steun uit voor de ‘verklaringswet-Halsema’, thans in de fase van tweede lezing, dat voor een limitatief opgesomd aantal grondwetsbepalingen het verbod op rechterlijke toetsing van formele wetten wil opheffen. Ter ondersteuning voert de commissie een aantal veelgehoorde argumenten aan, zoals het belang van een rechterlijke stok achter de deur voor de wetgever en de huidige inconsistentie die eruit bestaat dat de rechter wetten nu al mag toetsen op hun verenigbaarheid met de in verdragen opgenomen grondrechten.¹⁷

¹³ Rapport Staatscommissie Grondwet 2010, p. 6.

¹⁴ Zie over dit onderwerp ook de drie afzonderlijke bijdragen aan de Staatsrechtconferentie 2010 van E. Mak, J. de Poorter en J. Vranken, te downloaden via www.staatsrechtconferentie.nl (laatstelijk geraadpleegd op 9 februari 2011).

¹⁵ Rapport Staatscommissie Grondwet 2010, p. 99.

¹⁶ Zie ook Peters en Boogaard 2010.

¹⁷ Rapport Staatscommissie Grondwet 2010, p. 46-47.

Met versterking van de normativiteit als belangrijkste criterium is het idee van een preambule snel afgeschoten en wordt de aantrekkelijkheid van een ‘algemene bepaling’ (die de rechter immers de gelegenheid kan geven een aantal rechtsstatelijke waarden en beginselen nader uit te werken)¹⁸ vanzelfsprekend. Het concrete tekstvoorstel van de commissie voor een algemene bepaling luidt als volgt:

‘1. Nederland is een democratische rechtsstaat.

2. De overheid eerbiedigt en waarborgt de menselijke waardigheid, de grondrechten en de fundamentele rechtsbeginselen.

3. Openbaar gezag wordt alleen uitgeoefend krachtens de Grondwet of de wet.’¹⁹

Met betrekking tot de eerste twee leden benadrukt de commissie dat deze niet alleen een declaratoir, maar ook een normatief karakter hebben. In het derde lid wordt het legaliteitsbeginsel gecodificeerd.

5.2 De verhouding Grondwet – internationale rechtsorde

Deel II van het rapport stelt de grondrechten centraal terwijl deel III opent met ‘de betekenis van de Grondwet in de veranderende internationale rechtsorde’ en daarna enkele specifieke onderwerpen op dit terrein behandelt. Vele afzonderlijke aanbevelingen in het rapport zijn nauw met elkaar verweven en dat zien we vooral terug in de beantwoording van de vraag of veranderingen op het internationale toneel nopen tot een andere benadering van de nationale grondrechten. Het toegenomen belang van recht dat buiten de Nederlandse rechtsorde wordt gevormd, is voor de commissie een van de belangrijkste motieven om te pleiten voor een versterking van de normatieve kracht van de Grondwet. Er is echter meer aan de hand. De huidige grondwetstekst stamt nog uit een tijd, waarin de neiging bestond het internationale recht door een roze bril te bekijken. Echter, recente ervaringen met de rol van het internationale recht in de strijd tegen terrorisme hebben laten zien dat er ook spanning kan ontstaan met de bescherming van mensenrechten. Zoals eerder opgemerkt door De Witte, loopt deze ontwikkeling parallel met de verschuivingen van ‘verdragen’ als de belangrijkste bronnen van internationaal recht richting ‘besluiten’.²⁰ Hoe moedigen we het ‘goede’ internationale recht aan – in de benadering van de commissie het ‘rechtsbeschermingverhogende’ recht – en houden we het ‘foute’ internationale recht – denk aan privacy- en processchendingen uit naam van de strijd tegen het terrorisme – buiten de deur? In hoeverre mogen nationale rechters nog (of weer) internationaal recht toetsen aan ‘eigen’ grondrechten en rechtsbeginselen? Er is een trend waar te nemen onder constitutionele hoven,

¹⁸ De betekenis van een eventuele algemene bepaling voor de rechterlijke toetsing van formele wetgeving hangt natuurlijk nog af van a) de verdere besluitvorming rond het voorstel-Halsema en b) van een eventuele opname in de lijst met bepalingen waarvoor het toetsingsverbod niet geldt in een later stadium. De staatscommissie geeft aan dat zij denkt dat ook indien dit niet gebeurt, deze algemene bepaling haar waarde kan hebben als interpretatief handvat (p. 39).

¹⁹ Rapport Staatscommissie Grondwet 2010, p. 40.

²⁰ B. de Witte, bijdrage aan de NVIR-carrouselbijeenkomst over ‘doorwerking van het internationaal recht en de uitdagingen voor de Grondwet’, 15 november 2010, Tilburg.

aangevoerd door het Hof van Justitie van de Europese Unie in de zaak Kadi,²¹ om constitutionele grenzen te stellen aan internationaal recht. Deze kunst hebben we in Nederland nu juist de afgelopen jaren wat verwaarloosd, vanwege ons enthousiasme voor het internationale recht, dat zich uit in het stevig in ons bestel ingebedde monisme. Zou de nationale rechter in de (versterkte) Grondwet een instrument moeten vinden om een vuist te maken tegen onfris internationaal recht? Zo ja, dan is de vervolgvraag wat er precies te beschermen valt. Hoe 'Nederlands' is onze rechtsstaat nog? De commissie maakt 'historisch gezien een opvallende keuze'²² door de eerste vraag met een genuanceerd 'ja' te beantwoorden. Met het beantwoorden van de veel moeilijkere vervolgvraag maakt zij een begin door de hierboven aangehaalde algemene bepaling voor te stellen en daarmee feitelijk de nadere uitwerking op het bord van de rechter te leggen.

Zeven leden willen de nationale rechter ook de bevoegdheid geven aan (dwingend) ongeschreven internationaal recht (*ius cogens*) te toetsen. Vijf leden willen omgekeerd dat de rechter al het rechtstreeks werkend internationaal recht kan toetsen aan de voorgestelde algemene bepaling, maar wijzen er daarbij nadrukkelijk op dat dit geen afbraak van het monisme inhoudt, maar een meerlagige dialoog over fundamentele rechten en rechtsbeginselen zou moeten stimuleren. De andere helft van de commissie vindt dat de nadruk op de rol van de rechter hier te ver is doorgeschoten.²³ Regering en parlement moeten zich bij de totstandkoming van internationaal recht inspannen om het 'foute' recht buiten de deur te houden en bovendien kan de rechter, als het er echt op aankomt, wellicht nog bescherming bieden op grond van andere internationaalrechtelijke bepalingen waarin fundamentele rechten en beginselen vervat zijn. Het criterium van de normativiteit - dat misschien ook wel niet zo geschikt is om als criterium te fungeren - verdwijnt hier even uit beeld. Zoals gesignaleerd door Hoogers, zit er wel wat dubbelzinnigheid in de voorstellen van de commissie op dit punt. Enerzijds zou de Grondwet makkelijker opzij geschoven kunnen worden (uitbreiding toetsing aan ongeschreven volkenrecht); anderzijds wordt er meer nadruk gelegd op de onaantastbaarheid van fundamentele rechten en beginselen.²⁴

'Europa' krijgt wel een plaats in de Grondwet als het aan de commissie ligt, maar niet in de vorm van een 'Europa-bepaling'.²⁵ Artikel 90 zou gewijzigd moeten worden en moeten gaan luiden:

'De regering [c.q. de overheid] bevordert de ontwikkeling van de internationale en Europese rechtsorde.'²⁶

Voor een specifieke vermelding van het lidmaatschap van de Europese Unie ziet de commissie simpelweg niet voldoende aanleiding. Het 'is geen fundamenteel constitutioneel beginsel en past

²¹ HvJ EG 3 september 2008, nr. C-402/05 (*Kadi*). Zie ook A. Cuyvers, 'Tussen Scyllii en Charybdi: terrorisme, rechtsbescherming en de verhouding tussen rechtsordes in Kadi', *Ars Aequi* 2009, p. 155-164.

²² K. van Leeuwen, 'Een historische wijziging?', 15 november 2010, Blog Publiekrecht en Politiek, www.publiekrechtenspolitiek.nl/een-historische-wijziging (laatstelijk geraadpleegd op 9 februari 2011).

²³ Rapport Staatscommissie Grondwet 2010, p. 129.

²⁴ H.G. Hoogers, bijdrage aan de NVIR-carrouselbijeenkomst over 'doorwerking van het internationaal recht en de uitdagingen voor de Grondwet', 15 november 2010, Tilburg. Hoogers werkt ook aan een artikel over de internationaalrechtelijke aspecten van het rapport, te verschijnen in een themanummer van het *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht*.

²⁵ Die er volgens het lid Overkleef-Verburg juist wel moet komen, zie haar minderheidsstandpunt in bijlage Id.

²⁶ Rapport Staatscommissie Grondwet 2010, p. 108.

daarom niet in de algemene bepaling²⁷ en bovendien is de verdeling van bevoegdheden van de constitutionele organen in Nederland voor EU-aangelegenheden niet anders dan voor handelen in het zuiver nationale kader.²⁸ Met andere woorden, volgens de commissie zou 'de enkele vermelding van het EU-lidmaatschap in de Grondwet slechts een declaratoire functie hebben en geen normatief doel dienen'.²⁹ Hiermee laat de commissie echter de mogelijkheid van een eventuele uittreding en de wenselijkheid van het constitutioneel mogelijk of juist onmogelijk maken daarvan buiten beschouwing, al valt haar dat gezien ontstaansgeschiedenis en beperkte opdracht niet te verwijten.

5.3 Grondrechten

De commissie wil de huidige beperkingssystematiek van de grondrechten handhaven, maar stelt wel voor de volgende algemene aanvullende beperkingsclausule in de Grondwet op te nemen.

'Artikel X

1. Beperkingen van grondrechten gaan niet verder dan het doel van de beperking vereist.
2. De kern van grondrechten wordt niet aangetast.'

Het eerste lid kan geïnterpreteerd worden als een poging om de Nederlandse beperkingssystematiek formeel meer in lijn te brengen met de Straatsburgse. Van der Schyff heeft er echter op gewezen dat het proportionaliteitsvereiste in dit voorstel niet rechtstreeks in een context wordt geplaatst, zoals dat in veel bepalingen van het EVRM gebeurt; er is hooguit sprake van koppeling van proportionaliteit aan rechtsstatelijke randvoorwaarden via de algemene bepaling.³⁰ Het tweede lid is een onderschrijving van het wat controversiële 'kernrechtprincipe', door de regering bij de grondwetsherziening van 1983 nog afgedaan als 'arbitrair', maar goed passend in de lijn van 'vaker vertrouwen op de rechter'.

Bij de beantwoording van de vraag welke grondrechten uit internationale verdragen ook een plaats verdienen in de Nederlandse Grondwet, blijkt dat de criteria van 'versterking van het normatieve karakter' en 'verhoging van de rechtsbescherming' niet voor de gewenste consensus zorgen. Conform de insteek van de commissie dat de Grondwet vooral meer zou moeten bieden op het terrein van rechterlijke controle, die ik althans in het rapport ontwaar, is er wel consensus over opnemings van het recht op een eerlijk proces en een algemeen recht op toegang tot de rechter. Over het recht op leven, het folterverbod en een verbod op vernederende behandeling is men het niet eens geworden. De vraag of volledigheid van de grondrechtencatalogus nodig is voor de juiste

²⁷ Rapport Staatscommissie Grondwet 2010, p. 109.

²⁸ Rapport Staatscommissie Grondwet 2010, p. 110.

²⁹ Rapport Staatscommissie Grondwet 2010, p. 110.

³⁰ G. van der Schyff, 'Nederland aan de vooravond van rechterlijke grondwettigheidstoetsing? Een evaluatie van de beperkingssystematiek', paper voor de Staatsrechtconferentie 2010, binnenkort te verschijnen bij Wolf Publishers in de congresbundel. Zie ook dit paper voor een uitgebreide analyse van de beperkingssystematiek en de behandeling daarvan door de staatscommissie.

‘normatieve werking’ van de Grondwet blijkt lastig te beantwoorden zonder een bredere blik op de functies van de Grondwet.³¹

Dan zijn er nog de wat voorzichtige, maar goed uitgewerkte, voorstellen rond het aanpassen van de grondrechten aan het digitale tijdperk, waaraan binnen het bestek van deze bespreking zeker geen recht kan worden gedaan. Ook hier is overigens er geen sprake van een volledige consensus.³² De belangrijkste uitkomst hier zijn de concrete adviezen over een techniekneutrale formulering van de vrijheid van meningsuiting (art. 7), de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (art. 10) en het brief-, telefoon- en telegraafgeheim (omgedoopt tot ‘vertrouwelijke communicatie’, art. 13).

5.4 *Staatsrechtelijke consultancy*

Verder bevat het rapport bij wijze van staatsrechtelijke consultancy nog wat korte adviezen op zeer specifieke punten, waar de politiek in de loop van de activiteiten van de staatscommissie behoefte aan bleek te hebben.³³ Het betreft allereerst de vraag of de Grondwet voldoende basis biedt voor en genoeg rechtsbescherming tegen de mogelijkheden die bestuursorganen in steeds ruimere mate hebben om sancties, inclusief bestuurlijke boetes, op te leggen. Het antwoord is dat de rechtsbescherming volstaat, maar dat over de grondwettelijke basis nog eens goed moet worden nagedacht in het kader van een algehele heroverweging van hoofdstuk 6, die buiten de opdracht van de staatscommissie valt.³⁴ Over de grondwettigheid van internationale strafrechtelijke ad-hoc-tribunalen stelt de commissie dat dit per verdrag beoordeeld moet worden. Dit is een arbeidsintensieve activiteit waarvoor zij de tijd niet heeft. Wel spreekt de commissie zich, juist om redenen van onvoorzienbaarheid van de beschikbare garanties in de verschillende gevallen, uit tegen een raamverdrag als constitutioneel lapmiddel.³⁵ Ten slotte spreekt de commissie zich op verzoek uit over de interpretatie en toepassing van artikel 91 lid 3, Grondwet dat bepaalt dat verdragen die afwijken van de Grondwet met een tweederde meerderheid moeten worden goedgekeurd. Dit gebeurt naar aanleiding van het initiatiefvoorstel-Van der Staaij dat verdragen tot wijziging van de verdragen waarop de Europese Unie is gegrondvest hier expliciet onder wil brengen. De commissie komt op dit punt niet tot een concreet advies, maar beperkt zich er toe de voor- en nadelen van verschillende formele en materiële criteria op een rij te zetten.³⁶ Ten slotte adviseert de commissie over het Verdrag van Tilburg, dat het verblijf van een groep Belgische gedetineerden in een Tilburgse gevangenis regelt. Hierover wordt geadviseerd dat het bij verdrag van toepassing verklaren van buitenlands recht op een beperkte groep personen op een zeer beperkt deel van het Nederlandse grondgebied ogenschijnlijk niet in strijd is met de Grondwet.

³¹ Zoals bijvoorbeeld aangedragen in T. Barkhuysen, M. Van Emmerik en W. Voermans, *De Nederlandse Grondwet geëvalueerd*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2009.

³² Zo heeft het lid Overkleeft-Verburg een uitgebreid minderheidsstandpunt laten opnemen (bijlage 1b) omtrent een andere formulering van het recht op bescherming van persoonsgegevens. Ook hadden met haar de leden Oomen en De Vries graag gezien dat de commissie verder was gegaan met de constitutionalisering van het recht op toegang tot overheidsinformatie (p. 69).

³³ Rapport Staatscommissie Grondwet 2010, p. 15.

³⁴ Rapport Staatscommissie Grondwet 2010, p. 93.

³⁵ Rapport Staatscommissie Grondwet 2010, p. 137.

³⁶ Rapport Staatscommissie Grondwet 2010, p. 120.

5.5 Didactische functie

In plaats van in algemene zin te pleiten voor constitutionele educatie en het belang van een leesbare Grondwet aan te stippen, had de Staatscommissie zelf stappen kunnen zetten om dit te realiseren. Dit is geen pleidooi voor een Grondwet in alledaags Nederlands, maar voor een toets van grondwetsbepalingen aan basisbeginselen van goede wetgevingstechniek. Het rapport heeft een aantal kansen gemist om te zorgen dat we bij het interpreteren van de Grondwet minder tussen de regels hoeven te lezen. Zo blijft het onderscheid tussen internationaal recht en Europees recht onduidelijk³⁷ en weten we na het lezen van een mogelijk conform de voorstellen van de commissie herziene Grondwet nog steeds niet dat er twee verschillende ‘Europese’ organisaties zijn, namelijk de Europese Unie en de Raad van Europa.

Hoe toegankelijk is het rapport zelf? Sommige delen (in het bijzonder hoofdstuk 10) zijn lezenswaardig als een alternatieve ‘inleiding staatsrecht’, maar dan wel voor bovengemiddeld geïnteresseerde rechtenstudenten. De regering en niet te vergeten het parlement zullen wellicht moeite hebben naar believen voorstellen uit het rapport op te pakken, ervan uitgaande dat een integrale overname onwaarschijnlijk is, onder andere omdat de algemene bepaling over de democratische rechtsstaat, de menselijke waardigheid, de grondrechten en de fundamentele rechtsbeginselen een schakelfunctie toebedeeld krijgt. Misschien hadden – wanneer de commissie iets meer tijd had gehad – een aantal minderheidsstandpunten gevormd kunnen worden tot scenario’s. De denkrichtingen die de commissie voorstelt bij de kwestie van aanvulling van artikel 91 lid 3 zijn een begin, maar zouden geconcretiseerd moeten worden en in verband verbracht met bredere visies op de Grondwet waar de grondwetgever uit kan kiezen. Gelukkig hebben diverse leden sinds de presentatie van het rapport door hun open optreden op verschillende bijeenkomsten,³⁸ waar ook onderling gedebatteerd is, laten zien het debat niet uit de weg te gaan. Een rapport dat uit scenario’s bestaat zou dit debat echter meer gestructureerd hebben dan het product van omstandigheden, compromissen en tijdsgebrek waar we nu mee moeten werken.

6. Concluderend: wat is de impact?

Op 11 november 2010 heeft de Staatscommissie Grondwet haar bevindingen gepresenteerd en haar rapport overhandigd aan de ministers van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en van Veiligheid en Justitie. De reactie van het kabinet laat vooralsnog op zich wachten.³⁹ Boogaard en Peters achten ‘de kans dat er dan ook echt iets gebeurt met de voorstellen van de commissie [...] niet zo groot’.⁴⁰

³⁷ B. de Witte, bijdrage aan de NVIR-carrouselbijeenkomst over ‘doorwerking van het internationaal recht en de uitdagingen voor de Grondwet’, 15 november 2010, Tilburg.

³⁸ Behalve de Staatsrechtconferentie 2010 zijn en worden verscheidene thematische bijeenkomsten aan het rapport gewijd.

³⁹ De stand van zaken op het moment van schrijven is dat de minister streeft naar een reactie voor 11 februari 2011, maar in antwoord op vragen op 2 december 2010 informeert hij de Kamer dat ‘gelet op de omvang van het advies en de reikwijdte van de daarin gedane voorstellen’ niet kan uitsluiten dat het langer gaat duren.

⁴⁰ Peters en Boogaard 2010.

De Staatscommissie-Thomassen heeft voor een duidelijke strategie gekozen, samen te vatten als ‘zorg dat de rechter iets meer met de Grondwet kan’. Door de rechter tot primaire normadressaat van de Grondwet te verheffen, zij het op impliciete wijze en vergezeld van terugschrikkende bewegingen van een aantal leden op heikele punten als toetsing van internationaal recht aan de Grondwet, omzeilt de staatscommissie een aantal lastige klippen. Ik sluit af met twee kanttekeningen.

Ten eerste valt op dat de relatieve geslotenheid van het proces en ontoegankelijkheid van het eindresultaat, waarvoor de manier waarop ‘de normatieve kracht van de Grondwet’ een *black box* blijft wat mij betreft symbool staat, niet gecompenseerd worden door een stellige uitkomst. Minister Donner acht de geringe toegankelijkheid van de inhoud van het rapport overigens ‘overkomelijk, gelet op het feit dat het advies aan mij en mijn ambtgenoot van Justitie is gericht en niet aan iedereen’.⁴¹ Hoewel de minister hier uiteraard geen juridische onwaarheid verkondigt, valt het – juist ook in het licht van de opdracht aan de commissie om na te denken over de betekenis van de Grondwet voor de burger – te betreuren dat de minister ervoor heeft gekozen het insiderkarakter van het debat over grondwetswijziging op deze manier te bevestigen.

Ten tweede betwijfel ik of het opgeven van ‘de ambitie om een inspirerend document van de Grondwet te maken’⁴² omwille van een pragmatische strategie zijn vruchten af zal werpen. Hoewel begrijpelijk gezien de hierboven geschetste setting en de houding van het kabinet, is het onduidelijk welke dienst de commissie de samenleving bewijst door aan het begin van het rapport het belang van grondwetswijziging sterk te bagatelliseren. Rapporten van staatscommissies Grondwet zetten zelden direct grondwetswijzigingen in gang, maar zij verrijken wel de bodem waarin daadwerkelijke wijzigingen wortelen. In dit geval zou de significantie van dit rapport wel eens kunnen liggen in de (ongevraagde) bevestiging van de wenselijkheid van een gedeeltelijke opheffing van het toetsingsverbod, waarmee deze al in gang gezette grondwetswijziging dichterbij de buurt van een vanzelfsprekendheid komt.⁴³ En om door te gaan op de bodemmetafoor: de commissie heeft, bijvoorbeeld met haar voorstellen voor het aanpassen van communicatierechten aan het digitale tijdperk, ook interessante nieuwe voorstellen gezaaid en hier en daar een idee, zoals dat van een preambule, effectief in de kiem gesmoord. Als zij iets verder was gegaan of meer alternatieven had geboden, zou er op de middellange termijn wellicht meer aan de strijkstok van de grondwetgever blijven hangen.

⁴¹ Toespraak minister Donner ter gelegenheid van de aanbieding van het rapport op 11 november 2010, www.staatscommissiegrondwet.nl/userfiles/files/ontvangsttoespraak%20Donner%2011%20nov%202010.pdf (laatstelijk geraadpleegd op 9 februari 2011).

⁴² Peters en Boogaard 2010.

⁴³ Verhey denkt juist dat de steun van de staatscommissie ‘contra-productief’ zal blijken, Verhey 2010.